COSTA

L'HEREDITAS E LA FAMILIA DA ADRIANO AI SEVERI

1893

EMILIO COSTA

L' HEREDITAS E LA FAMILIA

DA ADRIANO AI SEVERI

PROLUSIONE

AL CORSO DI STORIA DEL DIRITTO ROMANO

NELL' UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

BOLOGNA
DITTA NICOLA ZANICHELLI
(Cesare e Giacomo Zanichelli)
1893

All'illustre Prof. Luigi Lucchini

Omaggio dell'a.

EMILIO COSTA

L' HEREDITAS E LA FAMILIA

DA ADRIANO AI SEVERI

PROLUSIONE

AL CORSO DI STORIA DEL DIRITTO ROMANO

NELL' UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

BOLOGNA

DITTA NICOLA ZANICHELLI

(Cesare e Giacomo Zanichelli)

1893

Onorevoli signori e cari compagni,

Se il magistero secolare di quest'Università celebrata, da cui il romanesimo gittava al mondo la scintilla ridestatrice di nuova civiltà, non potrebbe non comprendere d'un senso di peritanza chiunque sia chiamato a salirvi una cattedra romanistica, quel magistero conquide ora, piuttosto che di peritanza, quasi di sgomento me, che chiamato a quella di Storia del diritto romano, non posso fidare non già solo in singolare forza d'ingegno, ma nè in larghezza di studi o in esperienza provetta.

Nè vale per me ad attenuar questo senso il pensiero che il salirla sia solo per temporaneo mandato e per grado ufficialmente modesto d'insegnante incaricato; dacchè l'assunto del dettare un qualsivoglia lato o atteggiamento del diritto romano in questo studio, che ne è ara veneranda, mi paia per sè così onorevole ad alto, da sgomentare ben altro, che, più ingegnoso e sapiente di me, vi fosse invitato.

Nè posso io dimenticare, fuor delle antiche, tradizioni recenti troppo gloriose. Chè non volge più d'un lustro dacchè cessò di risuonare in queste aule la parola di Giuseppe Ceneri, onore di Bologna e d'Italia, la quale pur tuttavia rifulge ancora per ventura nostra nel foro; mentre altri a lui succedeva, che ne continua nel modo più degno l'alto esempio di valore e di dottrina. E troppo io rammento che di qui, con ufficio d'incaricato dell'insegnamento delle istituzioni civili e della storia del diritto, passò, in giovinezza ancor verde, Guido Padelletti, che nella scienza ch'io son qui chiamato a professare, assurse ad insuperata eccellenza: e qui appunto pensò, se non anche intraprese, quella sua *Storia del diritto romano*, insigne per lucidità, per acutezza, per italianità di pensiero, per larghezza di dottrina e rigore di metodo, ond'egli parve mirabile ad ognuno, quanto ad ognuno par lagrimabile ed inaudito il colpo del destino, che lo strappava ancor nell'età più rigogliosa alla scienza e alla gloria.

E, fuori di queste tradizioni strettamente connesse ai miei studi, ben mi giganteggia al pensiero lo splendore presente di questa Università, il valore degli illustri che nella Facoltà da cui vienmi l'invito, e a cui pertanto appartengo, tengono cattedra: come dei docenti in ognuna delle facoltà consorelle. E fra esse, come più affine a questa nostra per intenti di studi, corre singolarmente il pensiero alla Facoltà di filosofia e lettere, nella quale per Giosuè Carducci par rivi-

vere il pensiero di Roma nella sua più vigorosa eccellenza e nella sua forma più gloriosa di classicità: mentre l'idioma di Roma vi ha in Giambattista Gandino conoscitore e maestro ammirato ed invidiatoci.

Nè lieve cagione, e per me presente e singolare, di sgomento, si è il pensiero che l'insegnamento che qui assumo mi sia trasmesso da altro Maestro, che lo tenne fin qui con altezza di dottrina, il prof. Augusto Gaudenzi: alla cui sapiente perizia è ben grave per me il riscontro della mia indotta inesperienza.

Senonchè se la stessa fiducia, di cui la Facoltà illustre di giurisprudenza mi volle onorato col propormi a quest'incarico, pareva imporre un'alta responsabilità a forze in me inadeguate, quella mi pareva d'altro lato, e ben più, inspirata ad un senso di così lusinghevole benevolenza verso di me, e ripromettermi un'aspettazione di così cordiale indulgenza, da incitarmi ad assecondare senz'altro l'invito.

E pertanto la mia prima parola, nell'assumere l'ufficio mio, consentite che sia di reverente gratitudine e di omaggio alla Facoltà, che col farmene invito tanto cortese e benevolo, volle seguire una volta di più le tradizioni secolari di questo studio, che fu ognora palestra benigna e incuoratrice a' giovani volonterosi.

E se cotale sentimento di gratitudine e di ossequio io nutro e protesto per ognuno de' suoi membri onorandi, un sentimento, quanto così devoto, anche più intenso per affettuosità e intimità di gratitudine, e più antico, io debbo e voglio esprimere verso uno di essi:

che nella scienza romanistica mi fu per primo, or ne volge il sessennio, guida sapiente e amorosa, che m'incuorò e sorresse ne' primi passi, o frenò ne' troppo avventati e inesperti ardori d'idee e di sistemi, e avvivò poi ognor più intenso in me il fuoco per questi studi, che divennero amor supremo della mia vita; talchè io debbo tutta a lui la mia istituzione scientifica, la quale non sarà certo per difetto di sue cure sapienti e fraterne, se per avventura non sia per condurmi in porto. Questo sentimento d'omaggio e di gratitudine, quanto più intensa ed affettuosa, che esprimo e protesto a Giuseppe Brini, ben degno d'esser qui succeduto a Giuseppe Ceneri, sono lieto che si associ al nome e al ricordo dell'Università modesta ed operosa della mia Parma; e che di tal guisa, per avervi io appartenuto come discepolo e come libero insegnante, possa qui rendermi interprete del ricordo incancellabile ch'egli vi ha lasciato col tanto che v'oprò: non solo (che non occorre dire) coll'alta efficacia dell'insegnamento, come col sentimento purissimo del bene, coll'esempio mirabile di liberalità disinteressata, con che seppe infiammare a più alti ideali gli animi de' discepoli, e indurre fra essi emulazione e gara feconde.

E ben sento e mi è grato che al ricordo dell'Università di Parma, a cui mando il mio saluto filiale e reverente, si associ pure il nome di altro, che a questa Alma Madre passava da quella, lasciandovi ricordo dell'alto valor suo d'insegnante, non minore a quello di scienziato poderoso e geniale, che ne fa correre

onorato il nome per ogni terra italiana. Io dico di Cesare Vivante, al quale, con ossequio immutato di discepolo, mando il mio saluto.

E a' miei nuovi compagni di studio, ai quali mi presento qui senz'altra scorta che quella del giovanile entusiasmo che m'infiamma per questa scienza, ch'è retaggio glorioso de' nostri padri, mando pure il mio saluto fraternamente affettuoso; e a questo s'associa il voto e la promessa che non sarà per me lasciata cura alcuna a che l'opera mia riesca il meno inadeguata all'arduezza dell'assunto.

E, senz'altro, passo omai al tema di che prescelsi discorrervi in questa riunione augurale, e che tocca due istituti capitali e caratteristici di Roma e della storia del suo diritto, l'*hereditas* e la *familia:* e appunto ha per oggetto di studiare il nesso con cui geneticamente quella è legata a questa, ma da cui a poco a poco si scioglie, rendendosi del tutto libera da ogni rapporto familiare, quando di contro all'organamento del diritto tradizionalmente quirizio si fa più intenso l'urto di esteriori e più libere influenze, e queste man mano prevalgono. Parrebbe superfluo, sia pure come preparazione o avviamento allo studio di tal tema, insistere con diffusi ragguagli sopra il concetto classico della *familia* romana, troppo noto per giudizi universalmente concordi degli scrittori, perchè reso palese da indicazioni precise e copiose di fonti, e indirettamente da tutto un complesso d'istituti e di rapporti, che lo presuppongono appunto quale da queste fonti è ritratto.

Nè però occorre ridire come la *familia* sia classicamente in Roma organo elementare dello Stato, che si concepisce appunto aggregato di *familiae*, non di singoli: e com'essa sia costituita in compatta unità sotto la potestà esclusiva, assoluta del capo, che esercita sopra i singoli compartecipi poteri, che, sciolta più tardi cotale unità, passano allo Stato: poteri in ispecie di giurisdizione, come di magistrato, sulle persone di essi. Mentre poi, portato di quell'unità familiare e di quel potere, come di magistrato, del capo, si è che non si concepisca nei singoli compartecipi della *familia* una propria personalità patrimoniale; ma che invece tutto, che comunque provenga dall'attività di quelli, entri a costituire il patrimonio domestico, sul quale quei singoli hanno, quali membri della *familia*, un diritto come di condominio: che tuttavia rimane assorbito e compenetrato nel capo, fin ch'egli vive. Base di cotale compatta unità civile non è per sè il legame che nasce dalla procreazione, ma sì quello che risulta dalla sottomissione al capo, derivi questa dall'esserne procreati o piuttosto dall'esservi assunti, senz'alcuna comunanza di sangue, per finzione solo civile dell'adozione. E così parimente sopra quel vincolo, ma in quanto discioltosi di poi per morte del capo, si fonda il rapporto agnatizio, che lega pertanto i derivati da una stessa *familia* disciolta: e sul vincolo stesso, ma come più remoto, e omai solo attestato da comunanza del nome, si fonda il rapporto gentilizio.

Costituzione familiare codesta, che, ne' suoi caratteri

sostanziali, è dato pur cogliere anche presso altri popoli del ceppo indo europeo; ma che in Roma ci si offre non già solo con precisione singolare di contorni, ma, anche più, con tal grado di stabilità e forza di espansione, da imprimere una propria tendenza a tutto il diritto privato, e da esplicare su talune parti di esso influenza immutata e profonda, persino quando, nell'ultimo momento, di quella quasi non resta vestigio. Ma influenza più che mai persistente tale costituzione esplica fin da ultimo sopra l'istituto dell'eredità, dacchè questa, per la sua stessa funzione di provvedere alla continuazione della personalità del singolo venuto a morte, ben doveva tenersi connessa di necessità all'organamento familiare, in che il singolo si trova compenetrato. E qui veramente, come cotale influenza persiste, così l'urto dei nuovi bisogni si fa grave e stridente, man mano che l'unità familiare si vien rilassando e si scioglie, prevalendo contr'essa e libero da essa il singolo, e si fanno più numerose e profonde le divergenze nelle risoluzioni pratiche dei giuristi; nelle quali o talora persiste inflessibile il concetto antico dell'intima connessione dell'*hereditas* alla *familia*, o un nuovo, libero da questo, ne traluce. Onde un avanzarsi di eccezioni poche e timide prima, poi via via libere ed invadenti, di contro a regole e a principii, ch'erano portato necessario di quella prisca costituzione che si scioglie: e tutto un moto e un senso nuovo nell'interpretazione più larga di rapporti già esistenti, e nel riconoscimento di rapporti nuovi e li-

beri da quelli. Ma qui in ispecie, nel tracciare la via per cui l' *hereditas* procede man mano liberandosi dalla *familia*, e sciogliendosene, nel valutare gli elementi che valgono singolarmente a spianarle e ad affrettarle il cammino, nel cogliere i rapporti singoli, in che il distacco si opera più presto e deciso, e l' *hereditas* giunge a continuare la personalità del singolo come tale, e non più compenetrata nella *familia*, le fonti non son più, quali per delineare il concetto classico della *familia*, copiose e sicure; nè però gli scrittori pervengono a concordi giudizi. Chè anzi il dibattito dura fin presso gli ultimi e più autorevoli, nè può dirsi ancor chiuso, per guisa che il problema paia immeritevole di nuove ricerche. E però un modesto contributo di queste io volli portare innanzi a Voi, senza già prefiggermi di tutto percorrere il campo, nè di pervenirvi ad altezza di resultati peregrini, ma proponendomi solo di toccarne i punti capitali, con osservazione attenta dei sussidi dogmatici ed esegetici, che possano soccorrere lo studio di questi.

Prefiggo alle mie ricerche due momenti, che mi paiono capitali per riscontri e raffronti.

L' uno è il momento, in cui tutto il diritto privato romano, elaboratosi sopra gli elementi prettamente nazionali, con assidua continuità, per opera di magistrati e di giureconsulti, dopo vittorie secolari opposte agli urti esteriori, si fissa nel secondo secolo dell' impero, sotto Adriano, colla compilazione dell' editto, che ha nome da Salvio Giuliano: colla quale

appunto l'eredità della giurisprudenza nazionale può dirsi che si trasmette all'età successiva.

L'altro è il momento, in cui le influenze dei nuovi elementi non nazionali, venute man mano prevalendo per l'indebolirsi degli ordini costituiti, e per la spenta vita civile di Roma, e pel moltiplicarsi dei rapporti esteriori, attentano vieppiù intensamente all'organamento classico della *familia*, portano al rilassamento e alla dissoluzione di questa, e all'affermarsi del singolo contro di essa e libero da essa. Dal che sorge tutto un ordine nuovo di rapporti e di bisogni, un senso nuovo nel concepimento e nell'elaborazione dei diritti del singolo e dei rapporti, per cui la personalità del singolo, come tale, e fuori della *familia*, si prosegue e si rappresenta per l'eredità.

Interprete eccellente di questo senso, che dovè imprimere e impresse al diritto una singolare tendenza, fu un giurista, che, se quasi sopra ogni istituto o rapporto del diritto privato stampò un'orma secondo tale liberazione dall'organamento del diritto nazionale, quale fissato dalla compilazione giulianea, la stampò più che mai poderosa sopra l'eredità, e per la liberazione di essa dalla *familia*. Quel giurista è Papiniano, che sta a tracciare al momento dei Severi il cammino per cui procede la giurisprudenza posteriore, e tosto procedono i giuristi di quel momento, benchè alquanto a lui posteriori, come Ulpiano. Di tal guisa, singolarmente per la *hereditas* e la sua liberazione dalla *familia*, ben può l'opera di Papiniano esser posta in

significante riscontro con quella di Giuliano, pel momento adrianeo, informata tuttavia all' intimo nesso di quella a questa.

Ed ecco che, contrapponendo questi due momenti, possiamo dare uno sguardo alla *familia* e così proporre l'ordito alle osservazioni, che, pur con riguardo ad essi, verremo esponendo per l'eredità e pel suo staccarsi da quella.

Nel momento adrianeo la *familia* è ancor costituita classicamente sopra la patria potestà, acquistata così per procreazione da giuste nozze, come, identicamente per ogni rapporto ed effetto, per assunzione in luogo di figlio coll' adozione. Tutta sulla potestà è ancor ritratta la *familia* in Gaio, ne' *commentarii*, che sono specchio fedele del diritto in quel momento: donde persino ancor la trassero, senza mutamenti sostanziali, i compilatori delle istituzioni giustinianee, benchè per essi tanto lontana, non già solo dalla vita del loro momento, ma pur dallo stesso loro diritto. E, classicamente, Gaio ancor ritrae per quel momento l' unità della *familia*, persino nel concetto della tutela, come *vis ac potestas*, emanazione diretta dalla *familia* e svolgentesi entro di essa; mentre ancora lo Stato non vi ha altra ingerenza, fuor di quella del tutto secondaria, che si esplica per le leggi che provveggono alla tutela dativa pel caso di mancanza o di deficienza del rapporto familiare.

Nè il vincolo di sangue, di contro al vincolo civile, ha nel momento adrianeo altro riconoscimento, fuor di

quello sancito dal S. C. Tertulliano colla preferenza della madre agli agnati nella successione intestata del figlio: colla quale per vero a quel rapporto civile è recato non lieve attacco; benchè forse da spiegarsi, piuttosto che da forza già prevalente del vincolo di sangue, da un riguardo di *pietas materna*, che parve meritevole d'eccezionale protezione. Ciò par tanto più vero, considerando che l'ammissione del figlio alla successione della madre, la preferenza di esso agli agnati di questa, non si ha che più tardi col S. C. Orfiziano sotto Marco Aurelio; mentre avrebbe dovuto riconoscersi già allora, contemporaneamente al riguardo sancito verso la madre, se davvero fondamento di questo stesso fosse solo l'affermarsi del rapporto cognatizio di contro all'agnatizio.

Cotale prevalenza è dunque posteriore al momento adrianeo. E proprio s'inizia saldamente con Antonino Pio, per accentuarsi poi via via, con moto più intenso e ininterrotto. Eccone allora appunto, segno ben rilevante, il diritto accordato alla madre da rescritti di Pio (*Ulp.*, 71 ed. *D.* 43, 30, 3, 5), confermati da altri di Marco Aurelio e di Settimio Severo (*Ulp.*, ibid. *D.* 43, 30, 1, 3), di opporsi, quando ne concorrano dati motivi, all'interdetto con cui il padre richieda il figlio ch'essa trattiene presso di sè; col che il rapporto di sangue subentra ad attaccar la *familia*, appunto nella sua stessa base della *patria potestas*, infirmando l'esercizio di un diritto, che ne è necessario portato. Eccone altro segno, che direi anche più decisivo, il

concetto con cui, proprio allora, si riguarda l'adozione, come non importante più l'assunzione del figlio adottivo a luogo nella *familia* affatto identico a quello che vi tiene il figlio procreato da giuste nozze, ma bensì vien posto in risalto ognor più evidente il concetto della finzione da cui l'adozione trae vita, e si fa manifesto e s'aggrava lo sforzo che questa abbia a riuscire agli stessi effetti che la procreazione naturale. Papiniano appunto formula la regola generale « *in omni fere iure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius numquam intellegatur, ne imagine naturae veritas adumbretur* (12 *quaest.*, *D.* 28, 2, 23) ». E ne porge tosto un'evidente applicazione, pronunziando che se alcuno abbia emancipato un suo figlio naturale, e l'abbia escluso dalla propria eredità diseredandolo, e poi, per via dell'*arrogatio,* l'abbia riassunto come figlio adottivo sotto la sua potestà, questi non possa come tale, pretendere l'eredità paterna, valendo ancora per lui la diseredazione inflittagli quale figlio naturale, non sanata dalla finzione civile (*iura naturalia in eo praevalere:* 12 *quaest.*, *Ulp.*, 40 ed., *D.* 37, 4, 8, 7; cfr. 1 *resp.* *D.* 50, 1, 17, 9). Ed altra applicazione ne porge il criterio da lui seguito nell'interpretare la condizione *si sine liberis decesserit,* apposta ad una restituzione fedecommessaria: la quale Papiniano non considera venuta meno, appunto quando l'erede fiduciario abbia figli adottivi (6 *resp.*, *D.* 35, 1, 76); mentre, con significantissimo riscontro, pronunzia il contrario, quando questi abbia lasciato un figlio na-

turale, nato cioè fuori di giuste nozze: col che parve poco appresso ad Ulpiano andarsi tant'oltre, ch'egli, deviando da Papiniano, proponeva s'avesse piuttosto a guardare, per risolvere il dubbio, alla volontà presunta e alla dignità stessa del testatore (*Pap.*, 8 resp. *Ulp.*, 2 fid., *D.* 36, 1, 18 (17), 4).

E se in verità Papiniano stesso, pure affermando nel momento di Settimio Severo, un concetto dell'adozione tanto indebolito rispetto all'antico, non è giunto peranco a disconoscere il distacco che l'adozione produce del figlio dato in adozione dalla sua *familia* naturale (13 *quaest.*, *D.* 37, 11, 11, 2), per guisa che gli disconosce, se preterito, il diritto d'intentare la *querela inofficiosi* contro il testamento del padre naturale, egli ha pur tuttavia ben tracciato anche in questo il cammino, pel quale prosegue la giurisprudenza posteriore. E proprio al rapporto, a cui egli non aveva voluto arrivare, alla *querela* da accordarsi al figlio naturale dato in adozione contro il testamento paterno, vediam giungere per questa via Giustiniano con una celebre costituzione (*C.* 8, 37, 10), la quale pronunzia che integri in genere rimangano al figlio dato in adozione (non *plena*, ad un ascendente) i suoi diritti nella *familia* naturale.

E parimente se in un altro punto il classico concetto della patria potestà, come base e principio della costituzione familiare, si trova ancor saldo in Papiniano, qui pure esso può dirsi omai alla vigilia di venir meno. Alludo alla condizione d'emancipare i proprii

figli, apposta ad un atto d'ultima volontà; la quale Papiniano dichiara illecita, e però inefficace, mentre poco appresso Ulpiano pronunzia pel contrario (*Ulp.*, 5 fid., *D.* 35, 1, 92), e riconosce ed ammette un attacco pur tanto grave e decisivo all'essenza stessa della patria potestà; benchè per vero non senza qualche reluttanza di taluno fra i giuristi posteriori, come appunto fra essi Marciano, il quale ripigliava e proseguiva il concetto papinianeo (*Marc.*, 8 inst., *D.* 30, 114, 8). Senonchè parmi assai grave il dubbio se in ciò Marciano muova ancora veramente dal concetto dell'unità familiare, troppo leso dal riconoscersi efficacia a quella condizione, o piuttosto da un elevato concetto del tutto individualistico della libertà personale, che appunto allora, contemporaneamente al rilassarsi della *familia* come unità e del prevalere contr'essa del singolo, ha una complessa e varia e agilissima affermazione. Le parole colle quali egli giustifica la sua opinione (*potestas enim patris inaestimabilis est*) non istanno per certo ad infirmare quel dubbio.

A tali segni del rilassamento ognor più grave della *familia* per sè, e dello stesso vincolo civile della *patria potestas* che ne è la base, e del corrispondente afforzarsi del rapporto naturale nascente da procreazione, anche affatto libero da qualsivoglia vincolo di potestà civile, altri ne corrispondono del trasmutarsi della funzione della *familia* e del prevalere del singolo contro di essa e libero da essa.

Certo dei poteri di giurisdizione del padre sopra i

membri della *familia,* del giudizio domestico, singolarmente importante per le infrazioni alla santità matrimoniale, e la valutazione dei *mores* per la pronunzia del divorzio (caratteristiche derivazioni dalla stessa costituzione classica familiare) l'impero non trova omai che il ricordo: la giurisdizione dello stato e il giudizio pubblico son sorti in loro vece.

Ma l'impero trova bensì tutto connesso alla *familia* l'istituto della tutela: e ancora nel momento adrianeo. E solo appunto poco appresso se ne distacca per assorgere allo Stato, con l'apposito *praetor tutelaris* sotto Marco Aurelio, poi colle limitazioni ognor più rigorose imposte da Settimio Severo ai poteri dei tutori, sui quali esercita sorveglianza intensa e diretta il magistrato.

La liberazione del singolo dalla *familia* ha, procedendo man mano nell'impero, altro segno vieppiù intenso e grave nello sviluppo dei peculi, coi quali può dirsi omai sciolta la classica proprietà domestica sul prodotto appunto dell'attività dei singoli; e segnatamente coll'affermarsi da ultimo del peculio avventizio, espressione omai compiuta d'una personalità patrimoniale del figlio separata e distinta dalla *familia.*

E già nel momento dei Severi, e anche alquanto prima, sotto Marco Aurelio, della personalità patrimoniale del figlio, separata e distinta dalla *familia* e dal padre, in cui classicamente la *familia* si compenetra, si hanno segni, per quel che parmi, evidenti. E questi ci sono pôrti dall'evoluzione che ci è dato cogliere

nel concetto fondamentale e nell' essenza di un istituto di diritto ereditario, che nasce dalla *familia*, e veramente dall' organamento classico di essa ha la sua ragion d' essere: la sostituzione pupillare.

Può dirsi infatti che la storia dell' istituto per sè, ma segnatamente la storia di talune sostanziali divergenze fra i giuristi fino a Giuliano, e quelli posteriori, proprio del momento di Marco Aurelio e dei Severi, intorno a risoluzioni pratiche di questioni sorte sopra di esso non si spieghi altrimenti che coll' ammettere un differente concetto capitale dell' istituto, a cui s' informassero quelli e questi. E proprio con ciò: che i primi riguardassero nel sostituito pupillare l' erede chiamato dal padre all' eredità familiare, e però il continuatore insieme della personalità del padre e del figlio impubere, come strette e inscindibili pel vincolo familiare; mentre invece i secondi conepissero il sostituito continuatore della personalità solo dell' impubere, come distinta dalla personalità del padre, e libera da ogni rapporto familiare.

Intendiamo così perchè, ad esempio, Giavoleno e Giuliano da un lato, Marcello ed Ulpiano dall' altro, rispondessero diversamente nella questione se il *ius abstinendi*, col quale l' impubere erasi materialmente, per benefizio pretorio, benchè non civilmente, sciolto dall' eredità paterna, avesse a produrre anche pel suo sostituito un' uguale liberazione da quest' eredità, e però l' avesse ad esonerare dall' obbligo di pagare i debiti paterni; e appunto i due primi fra quei giuristi rispon-

dessero negativamente, fermi al concetto del sostituito erede familiare e continuatore della complessa personalità del padre e del figlio, mentre Marcello ed Ulpiano, pel loro concetto del sostituito continuatore della personalità solo del figlio, stessero per l'affermativa (*Giav.*, 1 ep., *D.* 42, 5, 28; *Ulp.*, 4 disp., *D.* 29, 2, 42 pr.).

E in egual guisa s'intende la ragione della differente pronunzia di Giuliano da una parte, e ancora di Marcello e Ulpiano dall'altra, pel caso in cui una medesima persona istituita erede dal padre, insieme col figlio impubere, e pure sostituita pupillarmente a questo, volesse repudiare l'eredità paterna e adire invece la pupillare: e come, contro Giuliano, Marcello ed Ulpiano pronunziassero in genere per l'ammissibilità di quel distacco delle due eredità del figlio e del padre, ogni volta che pel repudio dell'istituito, che intende adire solo dalla sostituzione, non cada come *destitutum* il testamento paterno, dal quale formalmente la sostituzione stessa prosegue a ripetere forza e vigore (*Ulp.*, 4 disp., *D.* 29, 2, 40). Nel quale indirizzo appunto Papiniano procede tant'oltre, da affermare la possibilità di tale distacco persino quando l'istituito dal padre e insieme sostituito pupillarmente all'impubere, che intende adire separatamente solo *ex substitutione,* è un *suus heres* del padre e unito a lui nel modo più diretto ed immediato dal rapporto familiare (3 *quaest., D.* 28, 6, 12).

E d'altre meno evidenti divergenze fra i giuristi di quei due periodi sopra questo tema non posso ora

toccare; perchè, entrando di necessità in esami minuti e diffusi dei testi, sarei costretto a porre a troppo grave cimento la vostra indulgente benevolenza. Solo della sostituzione pupillare, e delle questioni di cui essa fu oggetto, appunto, parmi, per le pratiche applicazioni di quei due diversi concetti del sostituito erede fàmiliare del padre e del figlio, e del sostituito erede singolare dell'impubere, non so tenermi dal richiamare l'importanza viva e quasi presente ancora nella pratica moderna. Alludo alle controversie sorte pel passaggio dai codici e dalle legislazioni vigenti in Italia prima del codice sardo, codici e legislazioni che ammettevano tutti, benchè con modalità e limiti diversi, la sostituzione pupillare, al codice sardo che la disconobbe; e per determinare in ispecie se la disposizione testamentaria del padre, che contiene la sostituzione pupillare, sia a regolarsi secondo la legge vigente all'aprirsi della successione del padre, o invece secondo quella vigente all'aprirsi della successione del figlio impubere; come appunto fu pronunziato dalla giurisprudenza piemontese, divergendone invece radicalmente la toscana e la romana.

A voler qui ripigliare, in ogni connesso elemento, la storia della personalità del singolo di contro alla *familia*, sarebbe anche degno di nota come Roma non presenti mai in alcun tempo un istituto che, quale la greca eredità di maledizione e la germanica eredità della vendetta, importi l'assorbimento del singolo nella *familia*, per tal guisa, che la responsabilità personale di quello abbia a passare e a continuarsi in questa.

Chè anzi, neppure nella maggior purezza della sua classica costituzione, si trova che il figlio risenta e sia responsabile di conseguenze del fatto del padre e della nota d'infamia da cui questi si trovi colpito. Ed un passo d'Alfeno, relativo particolarmente all'esiglio inflitto al padre, dichiara la inefficacia che questo ha pei figli, per qualsivoglia rapporto o diritto che non derivi dalla persona del padre esigliato: dichiarazione che però vuolsi considerare come avente portata e valore generale, benchè emessa solo per quel particolare rapporto (*Alfeno,* 1 ep., *D.* 48, 22, 3). Sicchè noi qui non possiamo considerare come nuova e singolare manifestazione del momento che sta fra Antonio Pio e i Severi la cura, spiccata però e costante, con cui, dai *divi fratres* (*Call.,* 1 cogn., *D.* 48, 19, 26), da Papiniano e dai giuristi del suo momento, è espresso il principio dell'assoluta inefficacia pei figli delle conseguenze di un atto delittuoso compiuto dal padre, e delle varie applicazioni pòrte nella pratica di quella regola (*Pap.,* 4 resp., *D.* 1, 9, 9; 23, 2, 34, 3; *Ulp.,* 1 disp., *D.* 50, 2, 2, 7; 1 ad leg. Iul. et P. P., *D.* 1, 9, 7).

Soltanto, quale segno corrispondente a cotale liberazione del singolo, parrebbe bensì meritare singolare ed apposito rilievo l'elaborazione e il senso tutto nuovo, che in quel momento dei Severi si delinea di diritti puramente essenzialmente personali, che si valutano e distinguono allora con fine coscienza, come se allora si ritrovassero fuor dell'involucro familiare, in mezzo alla vita comune. Papiniano stabilisce con sottili di-

stinzioni l'essenza dell'*existimatio* personale, la gravezza delle offese che possono esservi arrecate, partendo ognora da un principio di largo e benevolo favore all'onorabilità umana. (Cfr. *Ulp.*, 1 de omn. trib., *D.* 26, 10, 4, 2). Merita singolar nota l'ingegnosità con cui troviamo valutato da lui quale aggravio all'onorabilità dell'istigator dell'accusa rechino date parole della sentenza assolutrice del reo, e recanti a quello rimprovero di maliziosa finzione: e come non s'abbia in esse vera nota d'ignominia, ma solo un aggravio al *pudor* (*pudor oneratur*: 1 resp., *D.* 3, 2, 20). Concetto che, per un'identica applicazione, è ripreso in una costituzione di Gordiano (C. 2, 11, 17), nella quale solo alla frase *pudor oneratur* di Papiniano trovasi sostituito *verecundiam onerare*. Dove compare pertanto un vocabolo, che introdotto forse per la prima volta nella lingua giuridica da una costituzione di Marco Aurelio (*Call.*, 5 cogn., *D.* 48, 7, 7), a significare il concetto stoico dell'αἰδώς, del senso di delicato riserbo, che incuora all'uomo la via da seguirsi per vivere secondo la sua natura e per isfuggire al pubblico biasimo, rimane presso i giuristi posteriori e segnatamente importante presso Papiniano. E se vi viene perdendo quel suo mero valore filosofico e viene oscillando fra altri analoghi concetti di *pudor* e d'*existimatio*, di *pietas* e di *reverentia*, però sembra porgerci, in sè, per gran parte, nell'ufficio del giureconsulto, che valuta e coglie fin le più delicate e riposte finezze dei diritti strettamente inerenti alle persone singole come tali, nuova-

mente ripresa e continuata, quasi più che nel classico censore, l'antica disciplina paterna.

Sull'ordito di questi cenni sopra lo sciogliersi dopo Adriano della *familia,* e del prevalere del singolo, possiamo omai disporre le nostre osservazioni sopra l'*hereditas* e lo staccarsi di essa dalla *familia,* riducendosi a provvedere appunto alla continuazione della personalita del singolo, libero da quella.

Nè importa qui insistere sopra l'*hereditas* nella classica costituzione familiare e rilevare come di necessità trapasso ereditario mancasse alla morte d'uno de' singoli compartecipi sottoposti a patria potestà, nè aventi personalità patrimoniale propria e distinta: mentre alla morte del padre, nel quale, come a capo, s'accentra la disposizione del patrimonio familiare, si affermassero quei diritti come di condominio dei singoli sottoposti alla sua potestà, che prima rimanevano assorbiti e compenetrati nel padre: e che pertanto distacco o scossa non si avesse in questi stessi, salvo cotale esplicazione solo allora di un diritto anche prima esistente, benchè sopito. La nota regola delle XII tavole sopra la successione intestata altro non è che l'emanazione di cotale comproprietà familiare.

Bensì non parmi superfluo, come troppo connesso ad osservazioni che verrò proponendo fra breve, e capitali pel mio tema, il rilevare che dall'essenza stessa di questa costituzione, non è ardito trarre argomento per ritenere che la volontà subbiettiva del padrefa-

milia non avesse per sè a lasciarsi libera d'alterare quell'ordine di chiamata stabilito dal diritto delle XII tavole, e così d'andar contro all'organamento, che è classica base della costituzione giuridica e sociale. E però, nell'antica nè ancor tranquilla questione sopra la natura genetica del testamento in Roma, parrebbe da accogliersi l'opinione che vi ravvisa una vera e propria legge, e, nella classica forma del testamento comiziale, considera l'assistenza dei comizi non diretta a prestar testimonianza della volontà manifestata dal singolo, ma bensì ad approvarla, e a consentirvi, perchè quella, con forza di legge operi una deroga all'ordine fissato dalle XII tavole, e, certo ben prima di queste, dall'anteriore costituzione e dal diritto derivatone. Dal che ancora mi parrebbe di trarre argomento per consentire con coloro, che pensano il testamento fosse allora in Roma eccezionale, e solo attuato, o nel caso d'inesistenza almeno di *sui,* o nel caso d'intervento di ragioni gravi e plausibili. L'eccezionalità spiegherebbe i poteri dati illimitatamente al testatore, pur senza ogni riguardo a quella costituzione familiare, e che, più tardi, si sente man mano la necessità di limitare, sia col prescrivere l'*exheredatio* espressa dei *sui heredes,* sia coll'accordare ai *sui* preteriti quella *querela inofficiosi,* che colpisce il testamento, proprio con colore d'insania.

Ecco pertanto che, data cotale natura del testamento di legge, e in tal senso, ben s'intende com'esso mirasse innanzi tutto a porre l'*heres* istituitovi in luogo

e grado del continuatore familiare, e proprio, tipicamente, del continuatore il più diretto ed immediato, il *suus heres:* e in ciò appunto trova geneticamente la sua spiegazione la necessità dell'istituzione d'erede come *caput et fundamentum totius testamenti.* Ed ecco pure come, chiamato un tale continuator familiare colla legge del testamento, e in qualsivoglia guisa, non fosse ammissibile altro continuatore, altrimenti chiamato dalle leggi fondamentali, alle quali appunto erasi voluto recar deroga con quella: onde l'inammissibilità dell'*institutio ex re certa* come tale, e la forza della chiamata esplicantesi su tutta l'eredità, senza riguardo a limitazione della *certa res:* e, comunque, la inammissibilità della rappresentanza della personalità del defunto per una parte testamentariamente, per altra parte senza testamento, e la regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*

Ed ecco pure la posizione dell'*heres* testamentario di continuatore del defunto entro la sfera familiare e pei complessi rapporti che si connettono a questa posizione: la quale perdura buon tratto anche quando la *familia* si è sfasciata, e però l'*hereditas* non provvede più alla continuazione della personalità del defunto entro la sfera familiare, ma alla continuazione del defunto per sè, come singolo, e solo per rapporti d'indole patrimoniale.

E proprio questo può dirsi: che la storia dell'eredità in Roma si concreta in cotale distacco lento e graduale dalla posizione genetica dell'*heres* di rappre-

sentante e continuatore familiare, all' *heres* rappresentante e continuatore solo del singolo per sè e pei rapporti patrimoniali del singolo: distacco che si opera non solo nell' *heres* assimilato al continuatore familiare dalla legge testamentaria, ma, bensì, col dissolversi della *familia,* nello stesso *heres,* che, per essere entro a questa, già senz'altro si troverebbe a continuarla. E a ciò si connette tutto un insieme di manifestazioni assai varie: singolarmente il pronunziarsi di un distacco fra la personalità del defunto e quella dell' erede, inconcepibile fino a che questo non era e appariva che il continuatore della *familia,* e l' affermarsi di appositi istituti per metterlo ad effetto, che preparano via via il terreno all' istituto giustinianeo del benefizio d' inventario, che appunto è il resultato più completo di quello sviluppo; lo stento ognor più grave a riguardare in atti del chiamato all' eredità o per testamento o per legge, e aventi relazione colla personalità del defunto, l' esplicarsi di una implicita volontà di esso di farsi a continuare codesta personalità: onde le norme minute e complesse intorno alle quali s' affaticano i giuristi da Giuliano in poi, per valutare e distinguere atti che importino o meno un *se immiscere hereditati* o un *pro herede gerere;* e ad ogni modo l' affermarsi nell' ultimo momento di una distinzione molto significante tra volontà diretta a compiere un atto relativo all' eredità e un atto proprio personalmente dell' erede, e il concepirsi in quella una volontà diretta ad un *negotium alienum.*

Le quali manifestazioni, di cui il momento adrianeo quasi non porge alcun cenno, si avanzano man mano e crescono d'importanza sotto i Severi.

E da codesti cenni sommari, scendiamo ad osservazioni più particolari. L'erede, si diceva, è geneticamente continuatore familiare; già è tale per sè, se stia nella *familia* e in ispecie nel vincolo più diretto col defunto, di *suus heres,* quando nella *res familiaris* egli subentra come *suo nomine* o *iure suo,* e il concetto ne traluce ancora nelle fonti più tarde, tant'esso saldamente potè resistere agli urti che travolsero la *familia.* (*Pap.,* 19 quaest., *D.* 29, 7, 13 pr.; *Paolo,* 41 ed., *D.* 37, 5, 15, pr.; *Ulp.,* 15 ed., *D.* 5, 3, 2; 40 ed., *D.* 37, 8, 1 pr.; *Mod.,* 6 diff., *D.* 37, 8, 5). Se chiamato per testamento, egli assume, a vece di tale compartecipe alla *familia,* la sua stessa identica posizione. Ond'è ch'egli, come rappresentante e continuatore familiare, prosegue i *sacra,* intorno ai quali nella prisca costituzione s'accentrano rapporti di capitale importanza sociale. Segno grave d'un indebolirsi del concetto dell'erede familiare è lo staccarsi dei *sacra* dall'*heres,* e l'attribuzione di questi, benchè in via sussidiaria, anche ai semplici legatari o donatari o comunque accipienti *mortis causa,* e così persino ai creditori che più ricevettero in adempimento dei loro crediti dal patrimonio del defunto (*Cic.,* de leg., II, 19, 47-9; 21, 52-3), e che pertanto non si trovano col defunto in alcun rapporto o vincolo come di continuatori e rappresentanti; il che prova già allora indirettamente,

ma significantemente, un'inclinazione che s'inizia a ravvisare nello stesso erede, obbligato in prima linea, e innanzi a costoro, piuttosto il continuatore patrimoniale, e però individuale, del defunto, che il familiare.

Una tendenza invero a cogliere nell'eredità la patrimonialità è segnata ben da vari istituti del diritto ereditario degli ultimi tempi della repubblica, e dell'impero: si notino le leggi intese ad assicurare ognora all'erede una certa porzione di *bona*, con freno posto alle liberalità singolari del testatore; l'istituto de' fedecommessi, vieppiù prevalente e libero ed agile procendendo nel secondo e nel terzo secolo dell'impero, e le pretorie *bonorum possessiones:* alle quali fa bel riscontro negativamente, per l'erede familiare, il *suus*, il beneficio pretorio del *ius abstinendi,* del quale toccheremo tra breve.

Ma quel concetto si avanza sempre più poderoso, e traluce di poi variamente fra l'ordito sistematico del momento adrianeo, informantesi ancora alla tradizione classica. E appunto il progredire di quel concetto si rileva più che mai significante dal raffronto di taluni principii e regole capitali del diritto ereditario, nel loro percorso e sviluppo da Giuliano, che coglie il diritto di quel momento adrianeo, e Papiniano, che traccia la via, per cui procede la giurisprudenza dei Severi.

Riprendiamo, come segno di quel moto, il distacco che si pronunzia tra la personalità del defunto e quella dell'erede, pel quale appunto tosto ci vien fatto di

cogliere tra Giuliano e Papiniano un significante riscontro. Giuliano invero considera come implicita manifestazione di una volontà di farsi a continuare la personalità del defunto e di gerir dunque come erede, incontrandone ogni responsabilità, l'atto non già patrimoniale, ma tutto familiare, e proprio di pietà familiare, che il figlio, a cui l'eredità era deferita, ha compiuto, col procacciare sepoltura alla sálma del padre nel sepolcro ereditario. Papiniano per contro concepisce quell'atto solo come adempimento d'un ufficio di pietà familiare e figliale, che non ha rapporto alcuno a vera gestione ereditaria, e in ciò lo segue Ulpiano, illustrando il concetto di Giuliano del *pro herede gerere* con ispirazione manifestamente del tutto papinianea (*Ulp.*, 61 ed., *D.* 29, 2, 20 pr. 1, 3). Ma appunto anche allora, sotto i Severi, il concetto papinianeo che distingue l'adempimento di un ufficio dipendente pel figlio dalla sua stessa posizione familiare rispetto al padre e dall'obbligo che glie ne consegue di pietà figliale, dall'atto che implica volontà di continuare patrimonialmente la personalità del defunto, non parve che innovazione forse troppo ardita, nè scevra praticamente di pericoli. Questo ci è attestato con piena certezza dall'uso ancora allora consueto, secondo che Ulpiano riferisce, di solenni diffide dei figli, che, rendendo al padre gli onori funerari, o provvedendone la salma di sepolcro, solevano dichiarare di farlo *pietatis gratia,* non coll'intendimento di gerir come eredi (*ne vel miscuisse se necessarii ..... videantur, solent testari pietatis*

gratia facere se sepulturam: Ulp., 25 ed., *D.* 11, 7, 14, 8; 61 ed., *D,* 29, 2, 20, 1). Ma dietro a Papiniano procedeva poco appresso la legislazione imperiale (*Carac.*, 214, *C.* 6, 30, 1); mentre egli formulava in generale, e anche più nettamente, il distacco dell'erede dalla posizione familiare, pronunziando aversi gestione di eredità solo nell'atto che non possa per sè interpretarsi come compiuto in sola dipendenza dai rapporti familiari (*Eum bonis patris se miscere convenit, qui remoto familiae vinculo pro herede gerere videtur: Pap.*, 10 resp. *D.* 29, 2, 87).

E come Papiniano considerava, secondo la tendenza testè avvertita, quale atto del tutto fuori da *gestio pro herede*, l'intentarsi da parte del figlio dell'*actio sepulchri violati* contro il profanatore del sepolcro paterno (8 *quaest.*, *D.* 47, 12, 10), così, per rapporti analoghi, Ulpiano decise di poi replicatamente spettare il diritto di sepolcro ai figli come tali, per la posizione loro nella *familia,* e indipendentemente dall'essere, anzichè istituiti, diseredati, o, come indegni, privati dell'eredità; qui puro pronunziandosi una distinta considerazione e di rapporti per natura loro essenzialmente familiari, e della posizione d'erede (*Ulp.*, 25 ed., *D.* 11, 7, 6 pr.; 68 ed., *D.* 11, 7, 33).

E non sono chè altrettanti mezzi diretti a porre in atto quel distacco testè avvertito fra la persona del defunto e quella dell'erede gli istituti che preludiano al diritto d'inventario giustinianeo; e a porlo in atto appunto patrimonialmente e per riguardi del

tutto patrimoniali all' erede. E singolarmente fra essi è a considerarsi il *jus abstinendi* del *suus*, nel quale proprio può cogliersi il cuore del fenomeno giuridico che qui seguiamo: l' aversi cioè per forza di esso non già infirmata nel figlio la qualità di *heres* per diritto civile, familiare, ma solo la qualità di continuatore e rappresentante meramente patrimoniale, pronunziandovisi pertanto fra codeste due posizioni un preciso distacco. E la posizione, immutata nel *suus* che si astiene, di *heres civilis* porta di necessità che in lui persistano e si continuino tutti i rapporti non patrimoniali connessi alla classica *hereditas*.

Un analogo distacco dell' erede civile, formale, dal patrimoniale si ha per forza dei fedecommessi, specialmente universali, nei quali la evoluzione dell' eredità di familiare a patrimoniale procede buon tratto. Erede civilmente, formale, è il fiduciario, nel quale risiede la rappresentanza del defunto: erede patrimoniale è il fedecommessario, al quale appunto pervengono i *bona*.

Lo sforzo a far prevalere nel fedecommesso alla posizione dell' erede fiduciario, formale, quella del fedecommessario, erede patrimoniale, è un segno ben manifesto della resistenza dell' antico principio, non venuto meno neppure collo stesso S. C. Trebelliano, che ammette le azioni pro e contro il fedecommessario. Sta come regola pel momento adrianeo la persistenza nel fiduciario della qualità di erede, scritta ancora ne' commentari di Gaio (II, 251), donde passò testualmente persino nelle istituzioni giustinianee, benchè al-

lora tanto mal rispondente al diritto che queste volevano ritrarre. E dell'applicarsi di tal regola appunto pel momento adrianeo, e del deviarsene poi in quello dei Severi, con Papiniano, ci è pôrto un esempio singolarmente significante. L'azione in ripetizione che alcuno voglia intentare per un'eredità, di cui fu disposto per fedecommesso, Giuliano la vuol diretta contro l'erede fiduciario, benchè presso di lui non si trovino omai più i *bona*, ch'egli, ottemperando alla preghiera del defunto, prestò, o per intiero, o singolarmente al fedecommessario (*Ulp.*, 15 ed., *D.* 5, 3, 16, 7); mentre invece Papiniano pronunzia il principio opposto, dirigendo la *petitio hereditatis* appunto contro il fedecommessario: ciò che Ulpiano riferisce, approvando, come singolare novità e distacco di diritto (*Ulp.*, 15 ed., *D.* 5, 3, 15, 5-6).

E, fuori di questo distacco che ben si ravvisa nelle manifestazioni toccate sin qui tra l'erede formale, familiare e l'erede patrimoniale, e fuori della prevalente importanza di quest'ultimo di contro al primo nel momento dei Severi, ripigliamo ancora in genere il distacco, che, col prevalere della posizione di patrimonialità nell'erede, s'afferma fra la personalità di questo e la personalità del defunto.

La volontà concepita da alcuno di gerire un negozio attinentesi ad un'eredità che questi crede a sè deferita, è considerata da Papiniano, e vale di poi come subbiettivamente ed obbiettivamente diversa dalla volontà di gerire un negozio suo proprio: e ciò con

senso di deciso distacco da Giuliano, il quale per contro non ravvisava cotale volontà come diversa dalle volontà di gerire per sè un negozio proprio, e però disconosceva che l'atto gerito sopra un'eredità da chi credevasi erede, bastasse per fondare in costui l'*actio negotiorum gestorum contraria* contro l'erede vero che avesse ripetuta l'eredità stessa, (*Giul.*, 39 dig., *D.* 12, 6, 33).

Ed è ben vero che Papiniano pronunzia l'ammissibilità di quest'azione contro l'erede ripetente l'eredità per un atto di singolare pietà funeraria e relativo alla persona, non al patrimonio del defunto, e cioè per l'erezione del monumento al defunto, che, giusta la volontà espressa da questo, fu fatto eseguire da chi, credendosi erede, come tale possedeva l'eredità, mentre l'atto del possessore dell'eredità contemplato da Giuliano, aveva natura del tutto patrimoniale; ma è pur vero che Papiniano ammette a favore di quel presunto erede e possessore dell'eredità l'*actio negotiorum gestor. contraria* senza alcun cenno a riguardo singolare per quel caso, ma anzi assorgendo da esso a qualsivoglia negozio relativo all'eredità « *veluti hereditario negotio gesto* » (6 *quaest.*, *D.* 5, 3, 50, 1). Nè proprio d'altro lato la singolarità d'un rapporto di pietà funeraria bastava agli antichi giuristi (per ciò che fra essi sappiamo con certezza di Trebazio e di Proculo: *Ulp.*, 25 ed., *D.* 11, 7, 14, 11) a far sì che si ammettesse una singolare *a. negot. gestor. contraria*, e proprio l'*actio funeraria*, a favore dell'erede putativo che sostenne le

spese funerarie del defunto, credendovisi, come erede, obbligato, e però credendo di gerire un negozio proprio. Sicchè mi parrebbe in questo punto di poter concludere che la divergenza fra Papiniano, che concepisce nel negozio gerito come ereditario un negozio subbiettivamente ed obbiettivamente *alienum,* e Giuliano, che vi ravvisa un negozio come proprio dell'erede putativo, porga un segno capitale di quello sviluppo che tende a rilevare e ad afforzare il distacco fra la personalità del defunto e quella dell'erede.

Papiniano, che è arrivato tant'oltre nel distacco dal concetto classico dell'erede continuatore familiare, segna pure la ribellione più ardita contro le regole che ancora nell'eredità perdurano da quel classico concetto. La regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest,* che conseguiva dall'inamsibilità genetica del concorso di una rappresentanza familiare, ordinata dalla legge fondamentale, e di un'altra ordinata dalla legge testamentaria, provocata dal padre come deroga a quella, soffre con Papiniano, e, dopo lui, coi giuristi del suo momento, eccezioni capitali, che man mano ne vengono abbattendo la sostanza.

Per taluna delle quali ben so che si discusse circa i limiti ed il valore che le si hanno ad attribuire; ma non però è a disconoscersi ad ogni modo la singolare e significante importanza delle parole con che Papiniano la pronunzia « *nec absurdum videtur pro parte intestatum filium videri* » (14 *quaest., D.* 5, 2, 15, 2),

che stanno in contrasto eloquente colla *naturalis pugna* che nel concorso delle due delazioni ancor ravvisava Pomponio.

Analoga liberazione si ha per la regola sopra l'*institutio ex re certa,* nella quale non ci si offre che un atteggiamento diverso dello stesso concetto dell'erede familiare. L'eseguimento sostanzialmente pieno della volontà del defunto di contro a codesta regola si aveva invero già prima, in ispecie pel testamento militare, per cui, nel caso d'istituzione di più eredi in cose determinate, provvedevasi a quella per mezzo della reciproca prestazione a titolo di prelegato delle cose designate dal testatore nella istituzione. Che invero già nel momento adrianeo si fosse pervenuti fino a questo pei testamenti militari, è certo, in grazia dell'espressa testimonianza recatane da Gaio (15 *ed.*, *D.* 29, 1, 17 pr.); ma l'applicazione del medesimo provvedimento anche ai testamenti ordinari ci si offre come una tarda estensione dovuta appunto a Papiniano, non certo per sè nè lieve nè agevole (6 *resp.*, *D.* 28, 5, 79 pr.; *Ulp.* 4 disp., *D.* 28, 5, 35 pr.).

Se non m'illude passione soverchia pel mio tema, parmi che già dai segni toccati sin qui apparisca chiaro il cammino percorso in Roma dall'eredità, di familiare, a individuale e patrimoniale, e il contrasto fra Giuliano, che nel momento adrianeo ancor s'informa a quel classico concetto, e Papiniano che nel momento dei Severi afferma e propugna il nuovo, pur contro alle regole ed agli inceppi che perdurano da quello.

E come al vincolo derivante dal rapporto civile della *familia* e dalla soggezione o presente o già scioltasi ad una stessa patria potestà, si è sostituito il vincolo che deriva dalla comunanza del sangue, così questo stesso vincolo informa la devoluzione ereditaria, in ispecie intestata colle apposite *bonorum possessiones* dei cognati. E in particolare il vincolo di sangue s'afferma nel grado immediato fra genitori e figli, e da ambi i lati, e in luogo del vincolo unilaterale solo verso il padre, della *suitas*. E non è più appunto il quasi condominio familiare che costituisce la base del diritto dei figli alla successione paterna, ma la comunanza del sangue, che lega in pari guisa il figlio al padre, come alla madre: donde sorge pel padre, rispetto al figlio, un nuovo senso delicato e umano di *pietas paterna*, che ha sotto i Severi in Papiniano il suo interprete, primo per tempo e insuperato per eccellenza.

Col senso di cotale *paterna pietas* egli procede nelle più ardue interpretazioni d'ultima volontà, con libertà nuova ed ardita, del tutto fuori da ogni inceppo e ossequio formale al testamento. È ben nota fra esse quella recata da un responso, che parve cosa meravigliosa ai nostri commentatori, nel quale si pronunzia che se l'avo istituì eredi il figlio e un nipote nato da altro suo figlio premorto, a condizione che quegli restituisca, se muoia innanzi ai 30 anni, l'eredità al rispettivo figlio del testatore e zio dell'istituito, la restituzione stessa non debba più aver luogo, se pur morendo prima di quell'età, egli lasci dei figli.

Costoro, appunto *coniectura pietatis,* abbiano l'eredità (9 *resp.*, *D.* 35, 1, 102; *Giustin.*, *C.* 6, 42, 30).

E pure a quel senso di *pietas paterna*, che si esplica altrimenti in ben altre risoluzioni (cfr. *resp.*, *D.* 2, 14, 40, 3), sta connesso intimamente il senso del presumibile *votum* dei genitori di premorire ai figli: che porta ad applicazioni varie e delicatissime (cfr. 11 *quaest.*, *D.* 29, 4, 26, 1; 29 *quaest.*, *D.* 38, 6, 7, 1; 14 *quaest.*, *D.* 5, 2, 15 pr.).

Ed ecco omai che di quel vincolo tutto civile, ch'era base della compatta costituzione classica quirizia e segreto di quella forza sociale e politica che distese l'impero di Roma sul mondo, fin gli ultimi vestigi scompaiono via via, mal fermi al senso nuovo d'umanizzazione che inspira il diritto, e del quale Papiniano è l'eccelso rappresentante e propugnatore. Ma ecco pure come in questo periodo, che corre da Adriano ai Severi, il passaggio dalla *familia* al singolo, dall'erede continuatore familiare all'erede continuatore patrimoniale del singolo, si sia effettuato per gradi lenti, e quasi inavvertiti: ognora con riguardo continuo e fine alla tradizione, anche là dove l'urto dei bisogni nuovi pareva farsi più insistente e più grave: e come pertanto senza scosse e arditi distacchi si provvedesse a quei bisogni, e man mano con estendimenti o più libere interpretazioni di antichi rapporti si pervenisse fino al punto in cui la nuova via s'apriva dinnanzi ampia e sicura. Ed ecco come la storia di quello sviluppo, che seguimmo della *familia* e del-

l'eredità, porga, forse più di quella d'ogni altro istituto, un mirabile esempio della continuità intensa e graduale e ossequente alla tradizione, che fu nello spirito del diritto romano, segreto il più prezioso della sua eccellenza. Continuità che qui, in Bologna, era ripigliata dai glossatori, collo studio ch'essi posero al diritto romano, quale determinato nelle compilazioni giustinianee, e l'applicazione che ne curarono a' nuovi bisogni, appunto con quel senso ossequente, e insieme agile e libero, da cui il diritto romano assurse, e dura sostanzialmente, universale: argomento di gloria italiana la più eccelsa e la più pura, e alla quale si associa indissolubilmente la gloria di quest'alma Bologna.

Bologna, 12 gennaio 1893.

NOTA

Volli astenermi dal corredare di note questa prolusione, per non toglierle nulla della sua natura modesta, e fare ch' essa non paia aspirare a ciò che non vuol essere, monografia rigorosa e compiuta. E così, analogamente per non allontanarmi dai limiti ristretti che la prolusione m' imponeva, mi tenni a parchi sviluppi di concetti che meritavano altrimenti trattazione più ampia, e anche ne affermai semplicemente taluni altri, che in una monografia avrei l' obbligo di dimostrare; come, ad esempio, il concetto della natura giuridica della sostituzione pupillare, oggetto di lunghe e varie e discordi discussioni. E anche tacqui d' altri punti, che pur valgono a conforto dell' idea che qui ho sostenuta, ma che richiederebbero trattazione troppo ampia, e quale non posso qui affrontare: come, ad esempio, tutto il tema del patronato, e della trasmissione attiva dei diritti a cui esso dà luogo, sempre, fin da ultimo, in connessione intimissima alle familiarità. Ma, mentre sopra la natura giuridica della sostituzione pupillare mi propongo di tornare fra breve in uno scritto apposito, confido pure di poter tornare più adeguatamente sopra tutto il tema che dà argomento di questa prolusione, nel lavoro, a cui attendo, intorno a *Papiniano*.

Fin d' ora tuttavia parmi opportuna e doverosa qui un' avvertenza generale sull' idea a cui tutto questo mio studio, quale

esso si sia, è informato: la trasformazione dell' eredità di familiare in patrimoniale. Ed è questa: che io in tale concetto non credo veramente di ravvisare e propugnare cosa nuova. Dacchè, a parte gli accenni abbastanza precisi che ne porgeva, fin dal 1881, EDOARDO HÖLDER, nè suoi *Beiträge zur Geschichte des röm. Rechts,* il prof. SCIALOJA lo dichiarava di recente fra noi in una seduta dell' *Istituto di Diritto romano,* nella quale egli volle spiegare con esso la regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (*Bullett. dell' ist. di dir. rom.,* 1890, III, pag. 176-7), e lo ripigliava, porgendone nuova e geniale dimostrazione in un' apposita memoria, un valoroso discepolo dello Scialoja, il prof. PIETRO BONFANTE (*Bullett.* cit., 1891, IV, pag. 97-144); mentre, proprio in quest' Università di Bologna, nell' anno 1890-91, durante un mio corso di perfezionamento in diritto romano, io lo udii propugnato con magistrale acutezza dal prof. BRINI, nelle lezioni sopra l' *hereditas* ch' egli svolse in quell' anno.

Non è dunque un' idea nuova, ma solo un contributo modesto di nuove osservazioni a conforto di un' idea già dichiarata e propugnata da altri che ardisco di presentare; osservazioni intese sopra tutto a rilevare come il passaggio dell' eredità di familiare a patrimoniale possa cogliersi essenzialmente fra i due momenti di Adriano e dei Severi, e specialmente nell' opera dei due massimi giuristi di quei momenti, Giuliano e Papiniano.

Dello stesso Autore

La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano classico, *Memoria che ottenne il premio G. D. Romagnosi nell' Università di Parma, nell' anno 1888-89,* Bologna, Fava e Garagnani, 1889.

Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto, Torino, Bocca, 1890.

Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano, Parma, Battei, 1891.

La Filosofia greca nella giurisprudenza romana, *prolusione al corso libero d' istituzioni di diritto romano nell' Università di Parma,* Parma, Battei, 1892.